

**SD 101069 – Expte. 35.819/10 – "Villarreal Andrea Elizabeth c/ Grupo Sud Latin S.A. s/ despido" – CNTRAB – SALA II – 17/10/2012**

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires, el 17/10/12 , reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.//-

Miguel Ángel Pirolo dijo:

La sentencia de primera instancia rechazó íntegramente las pretensiones indemnizatorias y sancionatorias deducidas en el escrito inicial.-

A fin de que sea revisada esa decisión por este Tribunal de Alzada con respecto a la desestimación de la indemnización prevista en el art. 182 LCT, interpuso recurso de apelación la parte actora, en los términos y con los alcances que explicita en su expresión de agravios (fs. 112/114)). A su vez, cuestiona la imposición de las costas a su cargo;; la regulación de honorarios efectuada a favor de la parte demandada, por elevada; y, su representación letrada, por su propio derecho, cuestiona la regulación de honorarios efectuada en su favor, por baja. La representación letrada de la parte demandada, por su propio derecho, critica la regulación de honorarios efectuada en su favor, por reducida (ver fs. 104) Al fundamentar el recurso, la accionante se agravia porque el Sr. Juez de la anterior instancia no hizo lugar a la indemnización reclamada con fundamento en los arts. 178 y 182 LCT. Cuestiona que el a quo haya considerado que el nacimiento de su hijo se produjo fuera del plazo previsto en la presunción legal y que, en base a ello, no () le haya reconocido la protección que la ley otorga a la situación de maternidad. Por las razones que - sucintamente- se han reseñado, solicita que se revoque la sentencia recurrida, con costas a la demandada.-

Los términos en que fuera expresado el agravio imponen memorar que la actora manifestó en el escrito inicial que el día 22 de septiembre de 2009 sufrió una "descompensación de su presión arterial" mientras se encontraba trabajando y que luego de ello, el día 23/9/09, cuando se presentó a trabajar comunicó que se había realizado una prueba de embarazo y que le había dado como resultado "positivo" por lo que debía concurrir al médico a tales efectos. Indicó que, a partir de allí, el trato de sus superiores fue empeorando y que el día 29/9/09 le informaron que la habían "echado" y que no fuera más a trabajar. Señaló que, el 30/9/09 recibió una c.d. de la accionada en la cual le preavisaba su despido en los términos del art. 245 LCT a partir del día 31/10/09. Manifestó que ante semejante noticia y luego de visitar al médico el día 2/10/09 (quien le ordenó una ecografía para poder otorgarle certificado de embarazo), resolvió notificar a la empleadora su estado de gravidez con fecha 26/10/09 y puso el certificado a disposición de aquélla. La accionada le contestó mediante c.d. del 25/10/09 haciéndole saber que tomaba conocimiento de su estado de embarazo pero que ratificaba los términos del preaviso otorgado previamente.-

Liminarmente, cabe señalar que la accionante ninguna crítica concreta y razonada efectuó contra la decisión del a quo de no viabilizar sus reclamos por

los rubros "daño psicológico"; "art. 21 ley 25.323"; y, "reintegro prepaga", por lo que tal aspecto del decisorio arriba firme e incólume a esta Alzada y resulta irrevisable en esta instancia. (cfr. art. 116 LO) Ahora bien, tal como se desprende del intercambio telegráfico habido entre ambas partes, el día 29/9/09 la empleadora preavisó el despido a la trabajadora a partir del día 31/10/09 (ver c.d. de fs. 35 y fs. 64).-

Asimismo, mediante c.d. del día 26/10/09 (ver fs. 31 y fs. 69) Villareal comunicó a la accionada que se encontraba embarazada y puso el certificado médico a su disposición y ofreció acercarlo a donde aquélla le indicara.-

Creo pertinente precisar aquí los términos exactos en los cuales la trabajadora solicitó la revisión de la decisión preavisada y el encuadramiento de su situación en la normativa vigente en función de su estado de embarazo.-

Veamos: "Por medio de la presente, cumplo en notificarles que el pasado 23 de octubre de 2009 se me ha confirmado mi estado de embarazo. Atento lo arriba manifestado, dejo a vuestra disposición los certificados médicos correspondientes ofreciéndoles acercarlos a donde ustedes indiquen. En virtud de lo expuesto, mucho agradeceré arbitren los medios necesarios para encuadrar mi situación laboral conforme lo previsto para el caso por la normativa vigente en la materia. Quedan ud. debidamente notificados"(ver fs.5 vta. y fs. 69, acompañada por la accionada).-

Ahora bien, como puede observarse la actora comunicó el estado de embarazo a la accionada y puso el certificado médico correspondiente a disposición de la empleadora. Si bien es cierto que no exhibió el certificado a la demandada, al haber ésta recibido comunicación fehaciente que Villareal se encontraba embarazada, (ver fs. 7, 10 y 12) las directivas que emanan de los arts. 62 y 63 LCT le imponían la adopción de distintas medidas que, razonablemente, podrían haber sido útiles para constatar el estado de embarazo que le notificara la accionante.-

Pudo, por ejemplo, fijar un día determinado a fin de que la actora concurriera a hacer entrega de la certificación para que exista certeza del modo, tiempo y lugar en el que se debía efectivizar la entrega (lo cual pudo haberse constatado, incluso, mediante acta notarial o la presencia de testigos). Acaso, pudo -también, por ejemplo- requerir que la actora realizara los estudios médicos pertinentes para la comprobación de un estado de embarazo ante una clínica designada por el propio empleador, en ejercicio de la facultad de control que deriva del art. 210 LNE pues, si bien se trata de una norma prevista para los casos de enfermedad, resulta analógicamente aplicable a los casos en los que pueda existir alguna divergencia sobre la existencia misma del embarazo comunicado por la trabajadora. Concluyo, por tanto, que la trabajadora comunicó eficazmente su estado de embarazo durante la vigencia del vínculo.-

Tal como lo he sostenido al fallar en distintas causas anteriores, la notificación del preaviso no produce la extinción contractual cuando es emitida o recibida, sino en la fecha en la cual, precisamente, se está "avisando" que va a operarse el distracto. Dicho de otro modo, no cabe duda alguna que, durante el lapso que corresponde al preaviso, el vínculo aún se encuentra vigente (salvo que sobrevenga alguna otra causal extintiva, no invocada en el caso). Es indudable, entonces, que durante ese lapso tienen también plena vigencia todas las

institucionales, obligaciones y derechos que son aplicables o que emergen de la relación individual de trabajo. En la especie, es evidente que la accionada tuvo conocimiento con anterioridad a la fecha del despido que la actora estaba embarazada y ello autoriza a considerar vulnerada la estabilidad que garantizan las normas de rango constitucional a las que haré referencia y el art. 177 LCT con la finalidad de otorgar protección a la trabajadora frente a la categoría de maternidad.-

En el caso de autos, es evidente que no puede considerarse operativa la presunción del art. 178 de la LCT; pero, dicha circunstancia, no obsta a la posibilidad de que se reconozca la protección que corresponde a la trabajadora en razón de su maternidad.-

En efecto, tal como he sostenido en diferentes pronunciamientos y en un trabajo doctrinario anterior, la estabilidad que corresponde a la mujer embarazada no deriva de la operatividad o no de dicha presunción sino, de expresas directivas establecidas en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el art. 11 inc "2", apart. b) de la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer que revisten jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) y en el art. 177 LCT (Cfr. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, "Relaciones Individuales", Tº I, pág. 392/393.) A esta altura del análisis, creo conveniente señalar que, si bien las normas relativas a la estabilidad de la mujer que trabaja tienen por finalidad obvia disuadir al empleador de posibles actitudes de discriminación frente a la contingencia de embarazo o maternidad -y de allí que se las denomine normas de "discriminación positiva" o "antidiscriminatorias"-, dicha finalidad no es la única ya que, en el caso específico de la maternidad, existen previsiones normativas de rango constitucional y legal que, frente a esa contingencia, otorgan una especial tutela a la trabajadora, aún cuando no medie un acto de discriminación en su contra.-

En efecto, no desconozco que la primera finalidad a la que apuntan las normas que regulan la estabilidad de la mujer embarazada o que es madre, apuntan a evitar situaciones de discriminación; pero, a mi juicio, hay evidencia clara de que existen ciertas previsiones que otorgan determinada tutela con finalidad meramente "protectoria", en consonancia con el "ritmo universal de la Justicia" y de los derechos humanos y con el "principio de progresividad", al margen de todo acto de discriminación (respecto a los conceptos entrecomillados, me remito a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "[Aquino](#)" [[Fallo en extenso: elDial.com - AA242F](#)], "[Vizzotti](#)" [[Fallo en extenso: elDial.com - AA2400](#)] y "[Pérez](#)" [[Fallo en extenso: elDial.com - AA562D](#)] F:327:3753; 327:3677; y 332:2043).-

Obsérvese que el art.14 bis de la Constitución Nacional, cuando establece la estabilidad a favor del empleado público, no lo hace con ninguna finalidad antidiscriminatoria, sino en el marco del "principio protectorio" ínsito en su contenido. A la luz de ese mismo principio, no puede soslayarse que existen ciertas disposiciones de igual jerarquía constitucional como el art. 10 del P.I.D.E.S.; art. 11 del CETFDM y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que prevén una especial tutela a la estabilidad de la trabajadora frente a la contingencia de maternidad y, a mi juicio, estas disposiciones tienen

operatividad directa en el marco del contrato de trabajo, aún cuando no se verifique acto de discriminación alguna imputable al empleador.-

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece claramente en su artículo 10 que: "1.Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundante de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo" (el destacado me pertenece). "2.Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de la seguridad social" (el destacado me pertenece).-

A su vez., el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece que la protección durante la maternidad no sólo debe regir como mecanismo antidiscriminatorio sino, además, con la finalidad de "asegurar la efectividad de su derecho a trabajar" . En efecto, el art.11, ap. 2 se hace hincapié en esa doble finalidad: impedir la discriminación "y" asegurar la efectividad de ese derecho. El ap.2 punto b) de esa misma norma internacional obliga a los Estados a "implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales" (el destacado me pertenece).-

Estas directivas, a mi juicio, implican claras garantías de rango constitucional a la estabilidad de la trabajadora frente a la contingencia de maternidad que tienen operatividad directa en la relación individual, al margen de que haya mediado o no alguna actitud discriminatoria imputable al empleador.-

A su vez, el art.177 de la LCT establece: "Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a estabilidad en el empleo. ... tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior" La garantía de estabilidad que confieren las convenciones internacionales mencionadas y la ley general a la trabajadora durante el período de gestación y maternidad, es operativa en cualquier tipo de contrato laboral y cualquiera sea la norma estatutaria en la que se encuentre enmarcada.-

Evidentemente, la valoración de las normas internacional de rango constitucional y de derecho interno, lleva a considerar que la protección contra el despido por causa de "embarazo", "maternidad" debe ser reconocida a la mujer en el ámbito de cualquier vínculo laboral, incluso durante el período de prueba y cualquiera que sea la forma bajo la cual haya sido contratada.-

Cuando esta protección es vulnerada, aún cuando ello no provenga de un acto de discriminación imputable al empleador, el juez debe fijar una reparación "civil" del daño o el perjuicio que origina la violación de las normas que protegen a la mujer contra el despido en situación de maternidad, a cuyo efecto puede fundar su decisión en las directivas que emanan de la normativa de rango constitucional reseñada, en los arts. 505, inc. 3 y 511 del Código Civil y el art. 177 de la L.C.T. Para ello, puede utilizarse como pauta de orientación el módulo fijado por el art. 182 de la LCT; o, incluso, adoptar la solución contenida

en ella por vía de analogía –ante ausencia de norma específica-(cfr. art. 16 del Código Civil y 11 de la LCT), sin perjuicio de meritar las circunstancias especiales de cada caso.-

En el caso de autos, si bien al momento de preavisar, la empleadora no conocía el estado de embarazo de Villareal, es evidente que adquirió conocimiento efectivo de dicha circunstancia con anterioridad a la fecha de extinción que había preavisado. Frente a tal comunicación, la garantía prevista en los tratados de rango constitucional antes citados y en el art. 177 de la LCT, así como las directivas que emergen de los arts. 62 y 63 de la LCT, imponían a la empleadora la elemental actitud –recuérdese que el vínculo se encontraba aún vigente- de dejar en suspenso el distracto hasta que venciera la garantía de estabilidad que emerge de las normas citadas. Obsérvese, que el art. 239 de la LCT, priva de efectos al preaviso cuando sobreviene una suspensión "por alguna de las causas a que se refiere la presente ley con derecho al cobro de salarios ... hasta que cesen los motivos que la originaron" ( 1er. y 3er. párrafo); y que, por vía analógica, debe considerarse aplicable dicha directiva cuando sobreviene una causal que obliga a mantener vigente el contrato en función de una estabilidad legalmente prevista y constitucionalmente garantizada (arg. art. 16 del Código Civil y 11 de la LCT).-

No puede dejar de considerarse que la decisión de la actora en torno a su maternidad, pudo haber estado –razonablemente- relacionada con el empleo que tenía y con el sustento y protección que dicho empleo le permitiría obtener durante la gestación y también después del parto, no sólo a través de las remuneraciones o de las asignaciones familiares que se irían a devengar sino también a través de la cobertura de la obra social.-

Por lo tanto, nada impedía a la empleadora, anoticiada del embarazo -como le había solicitado la actora-, de adoptar las medidas que fueran conducentes para mantener el vínculo durante el lapso de la gestación e, incluso, durante un lapso post-parto "razonable" como exige el art. 10, inc. 2 del PIDESyC, a fin de que la trabajadora no quedara privada de los beneficios que las normas internacionales de rango constitucional y las de nuestro derecho interno le otorgan en razón de su maternidad y del "proyecto de vida" que ésta hubiera elaborado en función de su empleo (respecto al concepto entrecomillado me remito a lo expuesto por la CSJN en la causa ["Milone" \[Fallo en extenso: elDial.com - AA251F\]](#)).-

En el caso de autos, aún cuando no quepa considerar que el despido haya tenido una finalidad discriminatoria y aún cuando no pueda considerarse operativa la presunción del art. 178 de la LCT, es evidente que la protección a la maternidad y la consiguiente garantía de estabilidad a la que me vengo refiriendo debió haber sido respetada por la empleadora.-

Por ello, en tanto la decisión patronal no se adecuó a las exigencias de las normas protectorias reseñadas, corresponde revocar lo decidido en la instancia de grado anterior, hacer lugar al agravio y condenar a la empleadora demandada a abonar a la actora una indemnización reparatoria del perjuicio que le ocasionó la privación de su empleo en estado de gravidez. En orden a ello, a fin de graduar en base a una pauta objetiva el importe de la indemnización a reconocer, estimo prudencial considerar por vía de analogía, el módulo que contempla el art. 182 de la LCT y establecer la referida

indemnización en el equivalente a un año de las remuneraciones que la actora hubiera devengado de haberse mantenido el vínculo.-

Como el último sueldo mensual de la accionante alcanzó a la suma de \$ 7.812,90.- (ver fs. 81), estimo que la indemnización en cuestión, debe quedar fijada en la suma de \$ 101.567,70.- importe éste que propicio diferir a condena con más los intereses que -en la oportunidad prevista en el art.132 L.O.- se calculen desde la exigibilidad del crédito y hasta su cancelación definitiva, a cuyo efecto se aplicará la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que difunda la Prosecretaría General de la Excm. Cámara del Fuero (conf.ley 23.928 modif.por ley 25.561, art.622 del Código Civil y CNAT Acta N°2.357/02 modif.por Res.CNAT N° 8/02).-

En virtud de las argumentaciones expuestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del CPCCN, corresponde adecuar la imposición de costas y honorarios al resultado del pleito que se ha dejado propuesto para resolver la apelación; por lo que deviene en cuestión abstracta los planteos efectuados al respecto.-

Al respecto, reiteradamente he sostenido que, en los supuestos en los que la demanda prospera parcialmente –como en el caso– aquéllas deben ser distribuidas en la forma que prevé el art. 71 del CPCCN pues, aún cuando puede considerarse que la demandante se vio obligado a litigar, ello es exacto únicamente en relación con la porción admitida de su reclamo; por lo que no habría fundamento objetivo para que quien sólo en parte es vencedor resulte eximido de las costas y éstas sean íntegramente soportadas por quien también obtuvo una victoria parcial (cfr. esta Sala, sent. 72.160, del 26/10/93 in re [Soria, Carlos D. C/ Butomi SRL \[Fallo en extenso: elDial.com - AA3EAC\]](#)). Desde tal perspectiva, habida cuenta que la imposición de costas no responde necesariamente a una cuestión aritmética sino que debe contemplar la importancia de los rubros que progresan, propongo imponer las de primera instancia en un 65% a cargo de la accionada y en un 35% a cargo de la accionante.-

Por otra parte, de acuerdo con la directriz que emana del art. 68 del C.P.C.C.N, estimo que los gastos causídicos de esta instancia deben imponerse a cargo de la demandada vencida.-

En atención al mérito y extensión de la labor desarrollada, al nuevo resultado del pleito que he dejado propuesto, de acuerdo con las pautas que emergen del art.6 y subs. de la ley 21.839, de la ley 24.432 y del art. 38 de la LO, estimo que, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada en el 13% y 11%, respectivamente; a calcularse sobre el monto diferido a condena –capital más sus intereses.-

A su vez y con arreglo a lo establecido en el art.14 de la ley 21.839, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada propongo que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 30% y 25% de lo que corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.-

El Dr. Miguel Ángel Maza dijo:

Con todo respeto, voy a expresar mi discrepancia respecto de la interpretación expuesta por mi distinguido colega, Miguel Ángel Pirolo, en relación a los requisitos para la operatividad de la protección legal de la trabajadora dependiente embarazada frente al despido sin invocación de causal. Ello así por cuanto la postura expuesta en su voto conduciría a crear jurisprudencialmente una causal de estabilidad especial o agravada sin que medie la calificación de acción discriminatoria y sin texto legal, en contradicción, a mi juicio, con la garantía del art. 19 de la Constitución Nacional.-

2. En mi opinión, la protección prevista frente al despido sin justa causa por nuestra Ley de Contrato de Trabajo y por diversos instrumentos jurídicos internacionales para la trabajadora dependiente en estado de gravidez o que ha sido madre sólo constituye una especie del género despido discriminatorio y no otorga una estabilidad especial por el hecho del embarazo o el alumbramiento cuando no media discriminación, es decir que si no puede colegirse que el despido ha sido una consecuencia de aquellas circunstancias, siquiera por vía de presunciones legales o judiciales, tal tutela no procede.-

Los aludidos instrumentos jurídicos forman parte del derecho aplicable de manera directa en nuestro país por imperio de la reforma constitucional de 1994 (decisión política que no comparto pero, obviamente, acato lealmente; véase mi opinión crítica en el estudio publicado en la Revista de Derecho Laboral 2010-2 de Rubinzal-Culzoni Editores, "Una mirada escéptica sobre la globalización, la aplicación de las normas internacionales en el Derecho Interno y otras modernidades de moda", pág. 85). Empero, a mi modo de entenderlos, ninguno de ellos exige que los estados suscriptores otorguen alguna forma de estabilidad especial a las trabajadoras dependientes por la sola circunstancia de cursar la contingencia biológica de gravidez o por haber dado a luz sino que siempre y en todos los casos el adicional reproche legal y sus consecuencias están atados a que el despido pueda reputárselo como discriminatorio.-

Considero que, en concreto, el PIDESC y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –por centrar mi análisis en los dos instrumentos jurídicos que mi distinguido colega ha citado para fundar su postura- solamente aluden a la protección que las legislaciones nacionales deben conferir a la mujer en esos trances contra el despido que fuese dispuesto en razón de la gravidez o la maternidad -situación lamentablemente aún verificada en nuestra cultura y realidad nacional y que es muy importante combatir- es decir que se trata de una sanción legal frente a un acto gravemente discriminatorio (El subrayado y las negritas son intencionales).-

Nótese que la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ya desde su título explicita a las claras el objetivo de sus disposiciones y el texto del art. 11 remarca que el compromiso que deben asumir los estados partes es adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo y el apartado 2 de dicho precepto establece que deben tomarse medidas adecuadas para "impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad...".-

Como se ve, la norma internacional exige –con toda lógica- un régimen jurídico que evite o sancione todo despido sin invocación de causa que, en realidad, tenga su motivación inmediata o mediata en la maternidad. A contrario sensu, ninguna de las expresiones de la Convención –y, según creo, tampoco su espíritu- ha sido dirigida a establecer que la trabajadora desde la comprobación de su embarazo goce de una protección privilegiada y no pueda ser despedida bajo el régimen legal ordinario de cada país cuando la decisión patronal no se pueda vincular de manera directa o indirecta con aquel estado o con el alumbramiento.-

Menos aún encuentro que el art. 10 del PIDESC de lugar a esa prohibición de despedir a la trabajadora embarazada o que ha sido madre –o a consecuencias indemnizatorias agravadas- si no es en presencia del carácter discriminatorio de la decisión empresarial.-

Por otra parte, considero que también el Convenio N° 183 de la OIT, que no ha sido todavía ratificado por nuestro país, evidencia el encuadramiento de la protección en el marco de la lucha contra los actos discriminatorios. El título que precede al articulado es "Protección del empleo y no discriminación". Y el art. 8 –que prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional- de manera expresa dispensa de esa prohibición las decisiones patronales fundadas en "motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia" lo que, a mi modo de ver, constituye una forma evidente de vedar exclusivamente el despido que resulte resultado –discriminatorio- del embarazo o el nacimiento, con una presunción en tal sentido como regla general.-

Siquiera el Convenio 111 de la OIT contiene reglas que den pie a interpretar que el hecho del embarazo o de la maternidad genere una protección especial cuando no provocan un despido de carácter reprochable por discriminatorio.-

En cuanto al texto de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, que reglamenta los mandatos emanados de las aludidas normas internacionales, parece claro que adopta la tesis que acabo de exponer ya que el capítulo II (De la protección de la maternidad) del Título VII (Trabajo de mujeres) regula en su art. 177: a) la prohibición de que la mujer preste servicios en un lapso de 90 días alrededor de la fecha de parto; b) la garantía de que durante ese lapso conservará su empleo y gozará de las asignaciones que confiera la Seguridad Social; y c) una protección frente al despido sin justa causa de mayor intensidad que la ordinaria del art. 245.-

Las dos condiciones sumatorias que la ley 20.744 ha puesto para activar esos tres derechos de la trabajadora mujer ante la contingencia biológica de embarazo son: el estado de gravidez + el conocimiento que tenga el empleador de tal situación personal (si bien la ley exige comunicación fehaciente, la jurisprudencia en general, en criterio que suscribo, ha determinado que la tutela especial también se activa cuando hay prueba de que el empleador conocía en los hechos la gravidez).-

Norberto O. Centeno, al comentar estas normas, en cuya génesis, como es sabido tuvo un protagonismo personal, dejó expresa constancia de que la

solución legal se basa en el encuadramiento de esta situación en la categoría de los actos discriminatorios y de que el legislador se apartó del proyecto original remitido por el PEN y del art. 11 de la ley 11.317 que más extensamente disponían que "durante los plazos previstos en este artículo..." no se podrá despedir a la mujer.-

Centeno aclaró asimismo que, diferentemente, el art. 177 del RCT sanciona el despido "que tuviese como causa (real o presumida) el embarazo o maternidad" (Ley de Contrato de Trabajo comentada, Justo López, Norberto O. Centeno y Juan C. Fernández Madrid, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, 1ra. Edición, T II, págs. 647 y stes), de manera que, según lo leo, encuadraba al régimen como un despido discriminatorio.-

El Dr. Héctor J. Scotti, en ocasión de votar en el Plenario Nº 286 de esta Cámara, en autos "Vieyra, Iris c/ Fiplasto SA" del 13/08/96, puntualizó con relación al tema bajo análisis en el presente caso que la protección legal a la mujer embarazada no se articuló por medio de un período de estabilidad, sino más bien por un "período de sospecha" en el que se presume que, tras cualquier acto extintivo, subyace una actitud discriminatoria contra la mujer en estado de gravidez, tesis que, como queda visto, comparto.-

En resumen, entiendo que las normas de tutela de la maternidad castigan el despido decidido en razón de tal circunstancia y en tanto acto discriminatorio pero no confieren estabilidad especial por el sólo hecho de la maternidad. Prueba de la validez de esta tesis resulta, a mi ver, que la ley permite romper la presunción del art. 178 LCT así como que nada obsta al despido con justa causa de la trabajadora embarazada o parturienta.-

Sentada esta premisa legal, paso a explicar las razones por las que considero que el despido sin invocación de causa decidido por la demandada y notificado el 30/09/2009 con un preaviso a ser cumplido hasta el 31/10/09 no puede ser tildado de discriminatorio en el presente caso. También explicaré porqué opino que el preaviso es jurídicamente hábil como comunicación de la extinción del contrato y las razones por las que la empresa no tenía obligación legal de retractarlo.-

2. Comenzaré por señalar que ninguna de las dos partes produjo pruebas sobre los hechos secundariamente aducidos en sus respectivos escritos de demanda y contestación puesto que el Sr. Juez de grado declaró innecesaria la prueba ofrecida sin que las partes cuestionaran esta decisión. Así, la parte actora no demostró que el 22/09/09 se haya descompuesto, que el 23/09/09 haya obtenido resultado positivo en una prueba de embarazo, ni que el 29/09/09 haya sido víctima de una negativa de tareas con despido verbal. La accionada, por su lado, no demostró que el despido, más allá de la falta de invocación de causa en los términos del art. 243 LCT, haya tenido su motivación mediata en una reestructuración empresarial y en inclemencias económicas, ni que la medida haya alcanzado simultáneamente a varios dependientes.-

La producción de pruebas por las partes en orden a dichos puntos hubiera podido aportar elementos de juicio muy relevantes en este caso pero, reitero, nada se aportó al pleito en orden a dichos puntos.-

También me parece relevante señalar un primer hecho objetivo: el nacimiento del niño de la accionante se produjo el 19/06/2010 (ver fs. 41), es decir ya pasados los siete meses y medio (7 y ½) de la fecha del distracto (31/10/2009). Esto significa que la extinción final del vínculo se verificó fuera del plazo de sospecha -por usar la expresión ya citada del Dr. Héctor J. Scotti- del art. 178 de la LCT, ya que entre el distracto (31/10/09) y el nacimiento transcurrieron siete meses y diecinueve días (7 meses y 19 días). Y si se hace el cómputo desde el día en que el empleador notificó la extinción decidida con otorgamiento de preaviso (30/09/09), resulta que el nacimiento aconteció ocho meses y diecinueve días (8 meses y 19 días) después. Esto implica que lo manifestado por la actora al respecto en el primer párrafo de su CD de fs. 32 no es exacto.-

Un segundo dato de suma importancia para examinar la conducta de las partes es que la accionante en su comunicación telegráfica del día 30/09/09 (ver fs. 29), pese a denunciar agresiones y conductas de mobbing, no mencionó saber o suponer que estuviese embarazada. Tampoco en su CD despachada el 06/10/2009 hizo alusión alguna a un eventual estado de gravidez, limitándose en dicha ocasión a solicitar precisiones sobre el monto de las indemnizaciones que le serían abonadas y sobre la oportunidad y forma de su pago.-

Francamente, luce inverosímil que la trabajadora que ha sido notificada de un despido nada hubiera manifestado de inmediato al respecto, siquiera en sus dos comunicaciones cablegráficas. Ello hace, en mi opinión, poco creíble que la trabajadora conociera en septiembre de 2009 su embarazo, así como que haya comentado ese hecho en su lugar de empleo, como se afirmara a fs. 5.-

A ello debe aditarse que sólo surge de autos que la Sra. Villarreal fue notificada del despido preavisado el día 30/09/2009 y recién en fecha 26/10/2009 (ver CD de fs. 31, reconocida y replicada por la accionada) manifestó de manera fehaciente a la empresa que se encontraba embarazada. Más aún, en dicha comunicación la reclamante declaró que dicho estado de embarazo le había sido confirmado el día 23/10/2009.-

Por ende, no hay en la causa elemento de juicio alguno que permita vincular el despido decidido por la empresa y notificado a la trabajadora el 30/09/2009 con el estado de gravidez de la trabajadora, que la empresa recién conoció -según las constancias de la causa- el 26/10/2009, es decir 26 días después de que notificara su decisión rupturista y a sólo 5 días de que operase la extinción preavisada.-

A mi juicio, en tal contexto fáctico y de acuerdo a la interpretación del régimen jurídico que ya expuse en contraposición a la que ha sido postulada por mi distinguido colega Miguel Ángel Pirolo, el despido decidido y notificado antes de conocerse la gravidez de la dependiente no puede considerarse una represalia discriminatoria por el embarazo de la Sra. Villarreal y, como consecuencia de ello, no hay razón para sancionar de manera agravada la decisión patronal.-

3. No obstante la precedente conclusión, no se me escapa que podría argumentarse que, aun cuando la decisión de despedir a la trabajadora no tuvo por causa su estado de gravidez, la empresa al conocer este hecho habría debido dejar sin efecto el despido pues el contrato todavía estaba vigente.-

Antes de entrar en el examen de estas cuestiones debo señalar enfáticamente que no comparto esa hipótesis puesto que si se afirma, como lo hago, que la especial tutela a la trabajadora embarazada no tiene bases autónomas sino que es una especie del género despido discriminatorio, no es posible predicar que el empleador que tomó y notificó su decisión de despedir sin conocer tal situación de la trabajadora deba dejar sin efecto la rescisión preanunciada. Postular esta tesis implica, de alguna manera, aceptar la tesis que sustenta el Dr. Pirolo, es decir conferirle una especial protección a la trabajadora por la sola circunstancia de su situación personal.-

De todos modos, considero que, para dar una respuesta ajustada a derecho a quienes así piensan, cabe examinar tres cuestiones relevantes: en primer lugar, la ya analizada naturaleza jurídica de la tutela, cuestión que ya quedó expuesta como entendida de manera de regular una hipótesis de despido discriminatorio y nunca como una forma autónoma de estabilidad por la situación biológica misma. La segunda radica en establecer cuál es la naturaleza jurídica del acto del preaviso debidamente otorgado y sus alcances en relación a la extinción anunciada; y la tercera en decidir si es posible dejar sin efecto el despido ya decidido y notificado.-

Respecto de la segunda de dichas cuestiones, coincido con las enseñanzas del maestro Justo López quien ha sostenido que el preaviso de despido exigido por nuestra ley constituye la denuncia del contrato, sujeta a un plazo legal (Ley de Contrato de Trabajo, ya citada, T. II, págs. 906 y 922 y sgtes), añadiendo que constituye la denuncia del contrato con vigencia no inmediata, por imposición de una carga legal, extinción que sólo queda postergada en el tiempo con la modalidad del plazo.-

Para más claridad, López ha apuntado que ese preaviso otorgado y notificado tiene los efectos de extinguir el contrato para el futuro, de modo aplazado, así como que la denuncia queda perfeccionada con la notificación del preaviso aunque su efecto disolutorio está suspendido hasta la finalización del plazo. Según dijo López, "En definitiva, el preaviso propiamente dicho es el plazo notificado impuesto a la denuncia de la relación de trabajo; por eso implica la notificación de la denuncia misma, ya que no puede notificarse la imposición de un plazo a ella sin que sea notificada ella misma" (el resaltado es mío). En igual sentido, añadió el citado jurista que el preaviso otorgado tiene el efecto propio de la denuncia, extinguiéndola para el futuro (ob. cit. págs. 922, 923 y 925).-

El recordado especialista Enrique Herrera también participaba de esta postura y así dijo que desde la notificación del preaviso el contrato queda sometido a plazo y al cumplirse éste el contrato se extingue sin otra formalidad (Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, dirigido por Jorge Rodríguez Mancini, Editorial Astrea, 4ta. Edición, Buenos Aires, 2000, pág. 416).-

Con más precisión en su obra Extinción de la relación de trabajo (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 100) ha dicho que la notificación del preaviso constituye una expresión de la voluntad resolutoria postergada en el tiempo y que "la resolución queda operativa desde que se produce la notificación, hallándose sometida única y exclusivamente al cumplimiento del plazo" (otra vez, la negrita es intencional).-

También Juan Carlos Fernández Madrid coincide con estos conceptos y así ha afirmado que el preaviso notificado por el empleador constituye un despido sujeto a plazo, aun cuando la extinción esté sometida a dicho plazo (Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1990, 1ra. Edición, T. II, pág. 1505).-

En síntesis, de acuerdo a esta posición jurídica, que comparto, la notificación del preaviso otorgado implica la notificación del despido, sin que el hecho de que la extinción quede sometida al plazo correspondiente haga necesaria una comunicación adicional de la extinción.-

Dicho esto, veo evidente que cuando la trabajadora notificó a la demandada su estado de gravidez ya se encontraba notificada la extinción del vínculo y en curso de concretarse por estar corriendo el plazo.-

Ahora bien, a esta premisa cabe añadirle que, como señalara Fernández Madrid, ese despido notificado y sujeto a plazo no puede ser revocado unilateralmente por el empleador, requiriéndose un acuerdo de partes para dejar sin efecto la extinción (Tratado Práctico..., ya citado, T. II, págs. 1505 y 1584). En igual sentido, Herrera ha dicho que la expresión de voluntad rescisoria notificada mediante el preaviso "no puede retractarse ni rectificarse unilateralmente..." (Extinción, ya citada, pág. 100).-

Aunque reitero que, a mi modo de ver el sistema jurídico vigente, el empleador que tomó la decisión de despedir y la exteriorizó mediante la correspondiente notificación antes de conocer la situación de la trabajadora no tiene el deber jurídico de modificar su resolución, comparto de todos modos el punto de vista recién expuesto y por ende también desde esta posición eventual considero que la aquí demandada en modo alguno estaba legalmente facultada a retractar el aviso de extinción ya notificado -de haber querido hacerlo- en forma posterior al conocer la notificación de embarazo que la trabajadora le dio a pocos días de extinguirse en definitiva la relación laboral.-

Finalmente, de la notificación que la Sra. Villarreal libró en fecha 26/10/2009 (fs. 31) no surge un pedido concreto de que el despido fuese retractado ni, en ese orden de ideas, siquiera la conformidad de su parte para que se dejase de común acuerdo el despido ya notificado. Nótese la ambigüedad e imprecisión jurídica de la comunicación que apenas solicitaba que se "arbitren los medios necesarios para encuadrar mi situación laboral con uds. conforme lo previsto para el caso por la normativa vigente en la materia".-

De tal manifestación, repito, no encuentro que se estuviese pidiendo que fuera dejada sin efecto la rescisión del vínculo, resultándome imposible determinar con la menor precisión jurídica si estaba pidiendo que le depositasen las indemnizaciones agravadas de acuerdo al art. 178 LCT (tal como luego, el 5/11/2009, lo requirió por la CD de fs. 32), la celebración de un acuerdo para dejar sin efecto el despido o, tal vez, alguna otra pretensión.-

4. Por todo lo hasta aquí expuesto, y en resumen, considero que la protección que el sistema normativo vigente -nacional e internacional- otorga frente al despido de la trabajadora embarazada o parturienta sólo opera cuando la decisión patronal es discriminatoria, es decir producto de dicha situación biológica; que en el caso de autos la decisión patronal fue librada cuando no conocía el estado de embarazo de la Sra. Villarreal; que la notificación del

preaviso implicó la comunicación formal del despido; que la demandada no tenía obligación alguna de dejar sin efecto el despido ya notificado; que no podía, si hubiese querido hacerlo, retractar unilateralmente la decisión que tomara; y que la trabajadora no ofreció su acuerdo para esa eventual decisión de la empleadora.-

Consecuentemente, juzgo que la demandante no tiene derecho al cobro de las indemnizaciones especiales reclamadas y que debe confirmarse el rechazo de la demanda que fuera dispuesto en primera instancia.-

5. La parte actora apeló, además del fondo del asunto, la imposición de costas que se hiciera en la sentencia de grado. Por las razones expuestas creo que es evidente un cierto grado de opinabilidad en la interpretación de las normas en juego, circunstancia que, en mi opinión, pudo haber justificado que la actora se sintiese objetivamente asistida de mejor derecho a plantear su reclamo.-

Por ello, sugiero modificar la decisión de grado al respecto, imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, parte 2ª CPCCN). En orden a ello, sugiero establecer los honorarios de los letrados de ambas partes por sus trabajos en esta instancia, en mérito a la importancia y extensión de las labores profesionales, en el 25%, respectivamente, de lo que deban percibir por sus trabajos en la anterior sede (arts. 14 ley 21.839 y 38 LO).-

6. El letrado de la demandada apela los honorarios que le fueran asignados por crearlos bajos, así como cuestiona que se haya tomado como base de cálculo el capital reclamado sin intereses. Por su lado, la parte actora ha apelado aquella regulación por alta y la defensa letrada de la trabajadora cuestiona los propios por crearlos reducidos.-

Cabe aclarar que ante la modificación propuesta en orden al régimen de las costas, la parte actora ha perdido legitimación para cuestionar los honorarios que le corresponda percibir a la representación letrada de la parte contraria, aun cuando ciertamente le asistía razón al haberlos reputado elevados teniendo en cuenta las etapas del pleito cumplidas y las pautas arancelarias vigentes.-

En cuanto al primer aspecto del recurso del letrado de la demandada, pese a lo recién indicado, sólo cabe examinar su recurso y es evidente que los honorarios del 15% del capital reclamado, fijados en grado, no resultan bajos, teniendo en cuenta el arancel vigente y las etapas del pleito cumplidas ante la declaración de innecesariedad de la producción de pruebas por parte del Dr. Pérez (conf. arts. 6, 7, 8, 9, 14, 19, 39 y conctes. de la ley 21.839 y 38 LO).-

Su pedido de que se computen los intereses resulta improcedente puesto que lo que determina el valor del pleito es el monto del reclamo y el verdadero valor económico de éste. Los intereses sólo forman parte del valor económico del proceso en los términos del art. 19 de la ley 21.839 cuando han sido reconocidos como frutos civiles efectivamente generados por las obligaciones reclamadas y cuya existencia fue admitida en la sentencia, pero no en supuestos en que se establece la inviabilidad del reclamo. Tampoco es aceptable su pretensión de que se tengan en cuenta intereses como una forma de actualización de los honorarios puesto que no hay mora ni demora en su pago, amén de que la indexación de los créditos se encuentra afortunadamente prohibida por las leyes 23.928, 25.561 y conctes.-

La regulación efectuada a favor de la defensa letrada de la reclamante es ajustada a las reglas arancelarias, en mérito a la importancia y extensión de los trabajos efectuados y a las etapas cumplidas en el proceso (conf. arts. 6, 7, 8, 9, 14, 19, 39 y conctes. de la ley 21.839 y 38 LO).-

7. En definitiva, voto por: 1º) Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazara la demanda; 2) modificar la sentencia de grado en relación al régimen de costas, imponiéndolas en el orden causado en ambas instancias; 3) Confirmar los honorarios regulados en la sentencia de origen; 4) Fijar los honorarios de las defensas letradas de ambas partes por sus trabajos en la etapa recursiva en el veinticinco por ciento (25%) respectivamente de lo que deban percibir por sus trabajos de la anterior instancia.-

La Dra. Graciela A. González dijo:

La cuestión vinculada a la protección de la maternidad durante el goce del preaviso que se ventila en autos, motiva las discrepancias que con sólidos y profundos argumentos plantean mis distinguidos colegas y, sólo a su respecto, corresponde que emita opinión.-

A ese fin estimo conveniente referir en forma previa que, no existe controversia en las presentes actuaciones en torno al modo en que el vínculo se ha disuelto. En efecto, las partes están contestes en afirmar que la actora fue despedida sin expresión de causa y mediante preaviso otorgado el 30/9/09, a partir del 31/10/09 y que, la cuestión litigiosa se encuentra ceñida a determinar si le asiste derecho a la trabajadora a perseguir el cobro de una indemnización especial derivada del hecho de haberse ratificado el despido decidido en septiembre de 2009, luego de haberse notificado a la empleadora el estado de embarazo de la dependiente, con fecha 26/10/09, es decir, antes del vencimiento del plazo de preaviso otorgado.-

Cabe aclarar asimismo que la accionada no ha desconocido la veracidad del hecho sobreviniente denunciado con fecha 26/10/09, por lo que no estimo pertinente efectuar observación alguna en torno al temperamento que eventualmente debió haber adoptado la empleadora en relación a la acreditación del embarazo denunciado, por lo que en este aspecto –accesorio- me he de distanciar del criterio de análisis seguido por el Dr. Miguel Ángel Piroló.-

Efectuadas estas aclaraciones previas advierto que, pese a las diferencias de matices, mis colegas no polemizan en forma concreta en cuanto a la naturaleza y efectos del preaviso otorgado, puesto que ambos coinciden al considerar que durante dicho período, el contrato de trabajo se encontraba vigente y que, la decisión de ponerle fin a la relación fue adoptada por la empleadora sin expresión de causa, con anterioridad a tomar conocimiento del estado de gravidez, que la Sra. Villareal recién denunció el 26/10/09, por lo que no cabría suponer la existencia de una motivación discriminatoria en el acto materializado con anterioridad (preaviso notificado el 30/9/09). Al respecto nótese que el Dr. Piroló en su voto expresamente señala que, no se trata aquí de sancionar el acto de despido por considerárselo discriminatorio en razón de la maternidad denunciada, ni tampoco de considerar operativa la presunción establecida en favor de la mujer embarazada en el art. 178 de la LCT, sino de encuadrar el planteo en normas de jerarquía superior que hacen a la protección integral de

la familia, con independencia de que se hubiere verificado un acto de disgregación peyorativa fundado en razones de género, vinculadas a la maternidad biológica.-

En apretada síntesis, en tanto el Dr. Maza considera que la protección de la familia (o, en este caso, de la maternidad) solo constituye una especie del género despido discriminatorio y no otorga una estabilidad especial a la trabajadora gestante si no media un acto de discriminación, el Dr. Piroló entiende que la estabilidad que corresponde a la mujer embarazada no se dirige única y exclusivamente a evitar y/o sancionar a la discriminación de la mujer en el empleo, sino que también tiene una finalidad eminentemente protectoria de la institución familiar y, más específicamente, de la mujer trabajadora que se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad al quedar encinta.-

En mi opinión resulta claro que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 238 de la LCT, durante el plazo del preaviso subsisten, para ambas partes, todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo por lo que las contingencias o sucesos acaecidos durante dicho período no resultan irrelevantes para la evaluación del modo en que debe considerarse disuelto el vínculo. En efecto, podría darse el caso de un hecho injurioso sobreviniente con entidad suficiente como para validar la extinción del vínculo con expresión de causa, en un momento y modo diverso al preavisado, podría también fallecer el trabajador o verificarse cualquier otra circunstancia (por ej. enfermedades o licencias especiales) que altere la secuencia temporal de la condición suspensiva que supone el previo aviso otorgado en los términos del art. 231 de la LCT (conf. arg. Art. 239 LCT). En dicho contexto, aun cuando no resultara clara la intención de la trabajadora de obtener la retractación del despido (hipótesis que se plantea siguiendo el juego dialéctico propuesto con profunda agudeza por el Dr. Maza, en base a los términos de la misiva de fs. 31), no puede sostenerse de antemano la imposibilidad de replantear la situación -en el curso del contrato aún vigente- en atención al hecho sobreviniente de la denuncia del embarazo, por lo que no considero a esta puntualización del voto del Dr. Maza como dirimente esencial de la controversia sustancial anteriormente esbozada, ya que no surgiría como claramente inadmisibles una retractación del preaviso en tanto no mediara oposición de la trabajadora reclamante.-

Adelanto por tanto que, a mi juicio, el modo y la legitimidad del acto de despido comunicado en forma anticipada (mediante previo aviso) puede ponerse en cuestión ante un hecho sobreviniente de trascendencia jurídica como el planteado en autos, por lo que aun cuando comparta la ausencia de motivación discriminatoria - real o presunta- que predica el Dr. Maza en relación al despido dispuesto mediante preaviso el 30/9/09 (calificación que, por lo demás ha sido compartida por el Dr. Piroló en su argumentación preliminar), no advierto obstáculos para analizar el temperamento adoptado por las partes con posterioridad a través de actos jurídicos que, por sustentarse en hechos diversos y posteriores en el tiempo, no resultan meramente complementarios de los anteriores.-

Evidentemente, nos enfrentamos a una situación respecto de la cual no se ha previsto una solución legal específica puesto que en atención al modo y

oportunidad en que se comunicó el embarazo, sólo puede considerarse aplicable la garantía de estabilidad genéricamente prevista en el ar. 177 de la L.C.T. y no las restantes normas que hacen a la reglamentación de la tutela prevista en favor de la maternidad.-

Si bien es cierto que, como lo puntualiza el Dr. Maza en su voto, la cuestión ha sido tradicionalmente abordada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, desde el punto de vista de la discriminación en razón del género, es decir, considerando a la maternidad, el parto y la lactancia como contingencias particularmente estigmatizantes de la mujer trabajadora y, por tanto, factores "sensibles" de discriminación (al punto que han dado lugar al dictado de normas de compensación o de "discriminación positiva"), no es posible soslayar que el matrimonio, la maternidad y en sí, la familia, ya no pueden ser analizados exclusivamente desde la perspectiva de género y que es función de los jueces contemplar aquellas situaciones vinculadas al bien jurídico protegido (la familia) desde un enfoque más amplio que, a su vez contemple aquellos factores que por diversos motivos (muchas veces históricos o culturales) no han sido considerados en forma específica por el legislador del siglo pasado.-

En efecto, como aconteciera en los casos de licencias o despidos de la trabajadora adoptante, o en aquellos en los que se planteara la relación familiar en "aparente matrimonio", la jurisprudencia ha debido analizar los elementos normativos en juego a la luz de normas de jerarquía superior que vinculan a la familia no sólo al principio de igualdad de trato y no discriminación sino, más específicamente, al principio de protección integral de la familia, y en su caso, al interés superior del niño (incluida la persona por nacer y los casos de filiación por adopción). También se ha reconocido operatividad a la protección que numerosas normas internacionales pertenecientes al corpus iuris de los derechos humanos le otorgan a la familia, con independencia de que pudiera o no verificarse un caso de discriminación, cuando se ha analizado el derecho de los progenitores al cobro de las prestaciones dinerarias previstas en la LRT en el caso del fallecimiento del trabajador soltero (cfr. "Medina, Orlando Rubén y otro c/Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro" del 26/2/2008 en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la LRT –texto anterior a la reforma introducida por el dec. 1278/00).- No pueden dejar de considerarse al momento de analizar planteos como el de autos las transformaciones operadas en las últimas décadas en torno al concepto o idea de familia (ver, en especial, previsiones de las leyes 26618 y 26754), en tanto dicho cambio de paradigma permite considerar que la familia (incluida obviamente, la maternidad/paternidad –biológica o no-) ya no es sólo una cuestión de género que, como tal, se vincula únicamente con normas de discriminación positiva que tutelan a la mujer.-

Sin embargo, la legislación laboral conserva, en sus rasgos estructurales, la matriz impuesta por concepciones propias del pensamiento imperante al tiempo en que la ley 20744 fue dictada. En este aspecto interpretativo y desde la más ortodoxa hermenéutica jurídica, cabría admitir la razonabilidad de la postura desarrollada por el Dr. Maza en tanto se ajusta al actual diseño de nuestra ley general básica.-

Sin embargo, como lo ha señalado la Dra. Liliana Litterio al abordar la tema de las responsabilidades parentales, la problemática vinculada a la progenie no es exclusiva de mujeres y no debe analizarse únicamente desde la perspectiva de género o como vinculada al principio de no discriminación por razón del sexo (ver, Litterio, Liliana H., "Las licencias paternas en el empleo privado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010). Coincido con quienes afirman que la maternidad cuando es fruto de un proceso biológico obviamente afecta a la mujer pero su protección no sólo se activa cuando se verifica un acto de discriminación – probado o presunto-, sino también cuando se advierte una situación de mayor vulnerabilidad en la que pueden encontrarse en juego principios tales como el de protección integral de la familia o los derechos e intereses del niño (ver en este sentido, García Vior, A., "Trabajo y familia.-

Un cambio de perspectiva a la luz de las últimas reformas operadas y propuestas", trabajo publicado en Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social - Número 5 - Septiembre 2012 - <http://www.ijeditores.com.ar/>) En dicho contexto, la mayor jerarquía del orden normativo internacional sobre derechos humanos conforma una estructura de valores que funciona frente a todo orden jurídico como un patrón imperativo. La CSJN, aún antes de la reforma del año 1994, había asumido una postura propicia para la promoción y eficacia de principios de fuente internacional en el derecho interno (ver, entre muchos otros, CSJN, 7/4/1995 "Giroldi, Horacio D. y otro s/Recurso de Casación", Fallos: 318:514), por lo que no considero que la invocación de normas internacionales de jerarquía constitucional para justificar la respuesta resarcitoria propuesta por el Dr. Pirolo obedezca a una desmesurada ampliación del ámbito de operatividad conferida a normas que, como lo puntualizó el colega que votó en primer término, hacen al "ius cogens" y que, a mi juicio no pueden ser consideradas inatendibles.-

Más allá de las controversias que pudieran suscitarse con relación al sistema de fuentes vigente luego de la reforma constitucional de 1994, debe reconocerse que la acción jurisprudencial innovadora en materia de protección familiar se ha dado desde siempre (ver entre muchos otros, fallos de la CSJN in re "Miguez, Juan J. c/ANSeS" del 28/06/07, "Medina c/Solar Servicios" del 26/2/08, en los autos "Rigamonti" del año 2011 y en especial, la protección reconocida a la maternidad por adopción –no contemplada por la LCT-) y que ello no ha tenido por objeto exclusivamente evitar actos de discriminación, sino tornar operativo el principio que obliga a los estados y a los particulares a otorgar el más amplio ámbito de protección posible a la institución familiar.-

Es profusa la normativa tendiente al reconocimiento y protección de la maternidad, la familia y la infancia. Existen, en este sentido, textos de fuente internacional y jerarquía constitucional entre las que cabe referir a: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, VI, VII, XI, XII, XIV; la Declaración Universal sobre Derecho Humanos, arts. 3, 16.3, 22, 25, 26, 27; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, arts. 4, 5, 17, 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 6, 7 ap. a) ii; y b, 10, 11, 12, 13; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.1, 23, 24; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 3, 5, 10, 11, 12, 13, 16 ap. d), e), f) y g); y la Convención Sobre los Derechos del Niño, Arts. 3, 6, 20, 21, 24, 27, 28, 31.).-

También son numerosas las normas legales y supraleales vigentes (Conv. núm. 156 OIT sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares - ley nº 23.467-, Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y Ley 26485 de Protección Integral de las Mujeres y supraleal) y ha sido en base a ellas y de conformidad con los principios constitucionales en juego, que la jurisprudencia ha reaccionado adaptando por vía de analogía las soluciones normativas aplicables a aquellas realidades no específicamente contempladas. Se trata de supuestos donde se ha considerado que la normativa interna impedía, por su estrechez, la realización de justicia en el caso concreto al no contemplar la situación particular de vulnerabilidad en la que se dejaba a personas que por su estado o circunstancias requerían de mayor amparo legal. Así ha acontecido, entre otros casos, al reconocerse el derecho a la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la LCT a la madre adoptante y al admitirse su derecho al goce de una licencia especial por maternidad a través de un proceso de amparo (ver CNAT, Sala X, 30/5/2000, "Tripodi Graciela Mónica c/ Instituto Erna Escuela de Recuperación de Niños Atípicos S.R.L. y otro" y Cám. Del Trabajo de Rio Negro, III Circunscripción, "M.V.M.C. y otro s/amparo" del 11/5/2006).-

Con similar criterio al expuesto al votar in re "Alvarenga c/Sistemas Temporarios" (SD 9246 del 16/4/04) y más recientemente in re "Vinet, Carmen c/Adecco" (SD 99552 del 29/8/11) en relación a la tutela que cabe otorgarle a la trabajadora embarazada aún en período de prueba, considero que de plantearse una contingencia que, de ordinario, activa mecanismos tutelares especiales (tanto a nivel laboral como desde el punto de vista de la seguridad social), elementales normas de conducta imponen al empresario arbitrar los medios a su alcance, a fin de no tornar la situación de la mujer en el trabajo aún más gravosa de lo que de por sí es, en atención a su particular sensibilidad a actos peyorativos o disgregatorios vinculados al sexo y a la distribución de los roles familiares y profesionales que de suyo, culturalmente, la ubican en posiciones de cierta inferioridad comparativa.-

Para el análisis del debate de autos debe a mi juicio considerarse especialmente que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 inc. 1 establece el derecho a casarse y fundar una familia y en el inc. 3 consagra que, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. A su vez, en su art. 25 inc. 2 establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.-

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo VII que: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.-

A la luz de tales directrices cabe interpretar que el art. 177 de la L.C.T. en cuanto establece que "...a partir del momento mismo de la comunicación de embarazo, nace una garantía de estabilidad", permite viabilizar un reclamo resarcitorio especial aún cuando no se den los recaudos temporales previstos en el art. 178 de la L.C.T. ni se acredite que se trató de una discriminación originada en la maternidad porque, a mi juicio, el quebrantamiento de esa

estabilidad, al margen de cualquier presunción, es lo que origina el derecho de la trabajadora a recibir una reparación del daño que razonablemente se deriva de la pérdida del empleo en estado de embarazo (ver en este sentido trabajo de Ledesma Iturbide, Diego, "La función jurisdiccional en el reconocimiento de realidades familiares no contempladas normativamente" y de Contino, Luisa, "Protección de la mujer durante el estado de embarazo y la maternidad" en TRABAJO Y FAMILIA, CTDL N<sup>o</sup> 16, AAVV, García Vior –coord-, Errepar, Buenos Aires, Septiembre 2012).-

Finalmente, creo menester dejar expuesto que la divergencia planteada por mis distinguidos colegas –por la profundidad y contundencia de sus argumentaciones- ha motivado un profundo estudio de los valores en juego y que, para decidirme en favor de la posición expuesta por el Dr. Miguel Ángel Piroló consideré especialmente que, no cabría privilegiar el criterio de eficacia del acto ilícito de despido que se deriva meramente de la reglamentación legal del conocido régimen de "estabilidad relativa impropia" por sobre los principios de protección integral de la familia y del superior interés del niño, que hacen al núcleo de los derechos humanos fundamentales.-

Consecuentemente, por las razones expuestas, adhiero a la solución propuesta para el caso por el Dr. Miguel Ángel Piroló.-

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar parcialmente la sentencia de grado y condenar a Grupo Sud Latin S.A. a pagar a la actora la suma total de PESOS CIENTO UN MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE CON SETENTA CENTAVOS (\$ 101.567,70.-) con más los intereses dispuestos en el considerando respectivo; 2) Imponer las costas de primera instancia en un 65% a cargo de la parte demandada y en un 35% a cargo de la parte actora. 3) Imponer las costas de esta Alzada a cargo de la parte demandada 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada en, respectivamente, el 13% y 11% a calcularse sobre el monto de condena –capita más sus intereses-;; 4) Regular los emolumentos de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada por los trabajos realizados en esta Alzada, en el 30% y 25% de lo que corresponde por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: Miguel Ángel Piroló - Miguel Ángel Maza - Graciela A. González